

# A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares<sup>1</sup>

Judith Martins-Costa. Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFRGS. Doutora em Direito. Advogada.

*“Hoy el Estado no es instancia absolutamente ajena a la sociedad, está sometido a la dinámica y el movimiento sociales, precisamente por su responsabilización de las condiciones de la vida colectiva y su función, a pesar de todo, de “dirección” de aquélla. (Luciano Parejo Alfonso).*

Introdução. I) O ressurgimento da confiança no Direito Administrativo. A) Uma nova ética para o Direito Administrativo? B) Os deveres que decorrem da conduta segundo a boa-fé frente nas relações entre o Estado e os particulares. II) A responsabilidade pré-negocial da Administração Pública. A) A modelagem da responsabilidade pré-negocial; B) O Dano à Confiança, e sua Indenização.

Introdução.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pela unanimidade da sua 4ª Turma, proferiu decisão assim ementada:

“Memorando de Entendimento. Boa-fé. Suspensão do processo.

---

<sup>1</sup> Registro, neste texto que integra a última edição da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS sob a direção do Professor FRANZ GERNOT LIPPERT, o imenso reconhecimento à figura exemplar de professor, a quem devo inestimáveis lições de Direito das Obrigações, ainda como sua aluna, que fui, no Curso de Graduação em Direito da UFRGS há 25 anos, bem como, de lá para cá, as ainda mais inestimáveis lições de honestidade intelectual, civilidade e compostura científica e acadêmica e, sobretudo, de verdadeira amizade.

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de “Memorando de Entendimento, para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição.

Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.

Deferimento da liminar, que garantiu a suspensão pleiteada. Recurso Improvido”<sup>2</sup>.

Nos fundamentos do acórdão, salientou seu culto relator:

“O compromisso público assumido pelo Governo, através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, presume-se tenha sido celebrado para ser cumprido. Se ali ficou estipulado que as execuções de créditos do Banco do Brasil seriam suspensas por noventa dias, desde que o devedor se dispusesse a um acerto de contas, é razoável pensar que esse seria o comportamento futuro do credor, pelo simples respeito à palavra empenhada em documento público, levado ao conhecimento da Nação.

No Direito Civil, desde os estudos de Jhering, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré-contratual. O princípio geral da boa-fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade.

O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado democrático, que aspire a realizar a Justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa”.

Tenho que o “Memorando de Entendimento”, embora não seja uma lei, nem mesmo possa ser definido como contrato celebrado diretamente entre as partes interessadas, criou no devedor a justa expectativa de que, comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer o acerto de contas, teria o prazo de suspensão de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Havia, portanto, o direito do executado de obter a suspensão do processo de execução, demonstrando ter se apresentado para o acerto de contas. Não se trata de hipótese legal de suspensão,

<sup>2</sup> REMS nº 6183-MG, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, unânime, j. 14.12.1995, p. DJ 8.12.95.

<sup>3</sup> Idem.

mas de obrigação publicamente assumida pela parte de que teria aquela conduta, cumprindo ao juiz lhe dar eficácia<sup>3</sup>

Em breves palavras, o que está dito pelo Tribunal que tem a missão constitucional de unificar a jurisprudência, é que Administração Pública está sujeita a observar conduta segundo a boa-fé, restando adstrita a conduzir-se com lealdade no trato com os particulares. Diz, mais: que a Administração deve respeitar a legítima expectativa criada, por sua conduta, nos administrados.

Pela relevância dos fundamentos que contém, essa decisão enseja reflexão acerca das funções que, no Direito Administrativo, desempenha o princípio da confiança. Novo fundamento ético-jurídico está a perpassar as relações entre a Administração e os particulares? Se positiva a resposta, quais seriam os seus efeitos no plano dogmático?

São essas as questões que o acórdão em destaque suscita e que examinarei, destacando, inicialmente, o significado do princípio da confiança no Estado Social de Direito (I), abordando, após, a hipótese aventada no acórdão, qual seja, a da eficácia do princípio da confiança pela configuração da responsabilidade pré-negocial (II).

### I) O ressurgimento da confiança no Direito Administrativo.

Crescente produção literária<sup>4</sup> vem atestando o crescimento, nos mais diversos países, da importância do princípio da confiança na seara do Direito Público. Este essor indicaria uma nova ética a perpassar as relações entre o Estado e os cidadãos? (A). Se assim for, qual é o seu alcance geral, quais os deveres que daí defluem? (B).

#### A) Uma nova ética para o Direito Administrativo?

Para bem compreendermos a primeira questão acima proposta, é conveniente examinar o entendimento do Tribunal *a quo*, expressivo de uma ótica tradicional, ou “legalista”, que por muitas décadas esteve presente nas relações de Direito

<sup>4</sup> Consulte-se, entre outros, COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63; COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70; CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998; com ampla bibliografia de direito europeu e norte-americano; GONZALES-PERES, Jesus: *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 1989; MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995; RACCA, Gabriella: *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000; GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

Administrativo<sup>5</sup>. Para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Memorando de Entendimento, contendo o compromisso de suspender-se a execução dos créditos, nada mais traduziria do que “simples manifestação de intenção das autoridades que o firmaram sem caráter especificamente particularizante e vinculativo, mas com o objetivo generalizado e normativo<sup>6</sup>. Assim sendo, para a Primeira Câmara Cível daquele Tribunal, o documento apenas servira “às altas autoridades do país para viabilizar uma solução político-financeira para o setor da produção nacional”<sup>7</sup>, não sendo hábil a sustentar o pedido de suspensão da execução que vinha sendo movida pelo Banco do Brasil S/A. Por essa razão, disse o mesmo Tribunal estadual, seria “inútil extrair do citado documento de alto nível o suposto direito de impedir o prosseguimento da execução, tudo não passando de simples tentativa do impetrante de anestesiar o processo de execução”<sup>8</sup>.

O ponto que marca a imensa diferença entre as duas orientações – a do STJ e a do TJMG – é sinalizado por uma bem precisa direção: a *valorização jurídica da confiança*. Diferentemente do que deduz das razões expressas pelo Tribunal de origem, entendeu o STJ que as palavras e ações da Administração Pública devem ser levadas a sério, porque geradoras de legítima confiança nos particulares. Esse é o ponto que, marcando, indubitavelmente, uma nova ética na relação Estado e cidadãos, induz a observar, sob uma nova ótica, os tradicionais princípios da legalidade e da segurança que até então pareciam sustentar, absolutos, os fundamentos do Estado de Direito.

É o que assinala o administrativista espanhol Luciano Parejo Alfonso<sup>9</sup>, para quem o cada vez mais freqüente apelo à confiança na relação Estado-cidadão, constitui sintoma da atual insuficiência dos princípios da segurança jurídica e da legalidade para resolver por si mesmo - por sua tensão recíproca - os problemas hoje enfrentados pelo Estado de Direito. O mesmo sintoma já havia sido detectado entre nós por Almiro do Couto e Silva, que em texto dos anos 80<sup>10</sup> alertava à polaridade entre os princípios da legalidade e da segurança, com a prevalência ora de um, ora de outro, para concretizar o valor essencial da justiça. A doutrina é, aqui, porta-voz das mudanças, dos quase imperceptíveis câmbios semânticos dos quais o Direito é tecido: pois é justamente a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança que revestirá a nova conotação que vem sendo conferida à confiança, princípio tão antigo que já estava nas bases da formação de Roma<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Não por acaso essa ótica “legalista” vigora nas décadas de fechamento político, do regime ditatorial que vigorou entre nós. Também não é por caso que, com a processual afirmação da democracia e do Estado de Direito, modifica-se a compreensão do papel do Estado e, conseqüentemente, do Direito Administrativo.

<sup>6</sup> Conforme transcrito no Relatório do Acórdão do STJ (REMS nº 6183-MG).

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998 p. 9.

<sup>10</sup> COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63.

<sup>11</sup> Veja-se FREZZA, Paolo, *Fides Bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milão, Giuffrè, 1975, p. 3.

Não que o moderno Estado de Direito não considerasse a confiança um de seus valores. Pelo contrário, os princípios da legalidade e da segurança (dito, também, “princípio da certeza jurídica”), têm, tradicionalmente, a proteção da confiança em sua base. No entanto, o termo “confiança” vinha, aí, recoberto por uma significação específica: a idéia da previsibilidade e certeza dos atos estatais, na base da qual estavam a radical separação entre a sociedade e o Estado<sup>12</sup>, a relativa estreiteza das funções administrativas, a também relativa estabilidade da produção normativa estatal e a noção segundo a qual as relações entre Estado e particulares seriam, nuclearmente, *relações de poder, de sujeição ou de subordinação*<sup>13</sup>. Nessa perspectiva, a segurança confundia-se com a legalidade estrita: a lei abstrata e geral, minudente em seus comandos, preveria e fixaria o universo dos comportamentos devidos, realizando, assim, o valor justiça. No Direito Privado, por sua vez, as referências iniciais à confiança estavam ligadas à teoria do erro e à teoria da aparência<sup>14</sup>, aí quase que se esgotando o seu universo de atuação.

Hoje em dia, diferentemente, o princípio da confiança está na base das relações jurídicas, sejam de direito público ou privado. Domina por inteiro a Teoria do Negócio Jurídico, subvertendo o tradicional fundamento que situava na *vontade humana* o motor explicativo das relações obrigacionais. A propósito, lembra a doutrina:

“o Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela *necessidade de proteger a confiança* que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele<sup>15</sup>”.

Como se vê, o que modifica-se hoje - o câmbio semântico, acima aludido - é a compreensão da palavra “confiança”, que passa de um grau de significação a outro. O que agora se quer significar é que a confiança, que é proteção jurídica e postulado ético, para além de constituir *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal - atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva - é, também, uma *necessidade* desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à

<sup>12</sup> Assim PAREJO AFONSO, prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998 p. 10.

<sup>13</sup> Assinala COUTO E SILVA que o Direito Romano, “ao permitir que o Estado estabelecesse com os particulares *relações jurídicas* - ainda que à sombra do Direito privado - e não meramente relações de poder, de sujeição ou de subordinação, deu o primeiro passo, numa trajetória que só muitos séculos mais tarde seria retomada”, de modo que, “ampliada e enriquecida, a longa viagem pelo tempo só viria a completar-se recentemente com a integral sujeição do Estado à lei e ao direito, na síntese suprema da noção de Estado de Direito”. (COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70, p. 46).

<sup>14</sup> Assim lembra BRANCO, Gérson, *A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e efeitos*, Porto Alegre, 2001, inédito.

<sup>15</sup> MENEZES CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral*, T. 1, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2000,, pág. 305, grifos nossos.

medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isto mesmo, a confiança não é traduzida meramente em objetos ideais, abstratos, estáticos ou absolutos, como aponta Reale: como um “bem cultural” que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada do *caráter de realizabilidade* típico dos fenômenos culturais<sup>16</sup>. Isto significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como *fundamento de um conjunto de princípios e regras* que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), impondo deveres de cooperação e de colaboração que se espriam em numerosas formas de relacionamento: parcerias, negócios jurídicos da mais diversa índole e configuração, tratativas, atos formativos, atos-fatos, etc.

No plano dogmático, por sua vez, pela expressão “princípio da confiança” se está hoje a indicar a *fonte produtora* de deveres jurídicos e o *limite* ao exercício de direitos e poderes formativos, tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta. A expressão assinala, de um lado a valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança, de um lado, condição *sine qua non* das ações e das relações que cabe ao Estado dirigir ou coordenar, de outro a sua concreta feição, pois a confiança não é pensável *in abstracto*, longe das particulares ações e situações.

Nas relações obrigacionais de direito público e de direito privado o princípio da confiança desdobra-se nos mandamentos de agir segundo a boa-fé e a lealdade – estes, há muito objeto, das reflexões no Direito Privado<sup>17</sup>, e segundo a moralidade pública<sup>18</sup>. A relativa novidade está na sua recepção no Direito Administrativo. Na Alemanha, de modo especial, mas também na Itália, na França, na Espanha e em Portugal, e mesmo nos países do *common law*, observa-se a atenção da doutrina e a ação da jurisprudência à renovação semântica do antigo princípio<sup>19</sup>, a qual subjazem as transformações que perpassam, em nossos dias, a relação indivíduos-Estado - não mais meramente relações de subordinação, mas de cooperação e complementaridade<sup>20</sup> - e a própria compreensão das funções estatais e do papel do Estado na vida social. Vejamos, sucintamente, esses pontos.

<sup>16</sup> REALE, Miguel, *Invariantes Axiológicas*, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, São Paulo, p. 232, ao acentuar que é da essência do valor a sua realizabilidade.

<sup>17</sup> Veja-se o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, e a bibliografia ali indicada.

<sup>18</sup> Acerca das conexões entre os princípios da confiança, boa-fé, moralidade e eficiência na ação administrativa, vide GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 265 a 271

<sup>19</sup> Para uma síntese do Direito Comparado veja-se CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, pp. 107 a 162.

<sup>20</sup> Assim aludi em *Alternativas de gestão da Administração Pública: o Regime Jurídico das Concessões e Permissões Municipais*, Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, 13, 1999, p. 32.

Em primeiro lugar está o crescimento do *papel de direção* que é exercido pela Administração Pública em detrimento do poder de império que caracterizou o fortalecimento do Estado Moderno<sup>21</sup>. O Estado Democrático de Direito, assinala Tarso Genro<sup>22</sup>, fundou-se na separação entre legalidade e ética social, o que foi importante para permitir o seu processo de afirmação histórica no século XIX, mas resultou no positivismo legalista que, no Brasil, adquiriu dimensões sequer imaginadas por Comte. Fundou-se, por igual, na separação entre Estado e Sociedade, na base da qual estava a convicção de o Estado dever não tanto “dirigir a sociedade”, mas exercer, sobre ela, um poder de império e um *ius iurisdictionis*<sup>23</sup> aplainador, dicotomizando inclusive as ordens ou formas de regulação jurídica contidas no seu interior: para um grupo de relações, o Direito Público, para outro, o Direito Privado. Apenas no século XX afirma-se plenamente a idéia da existência de verdadeiros direitos subjetivos substantivos dos cidadãos a opor-se à ação estatal (deveres de abstenção), mercedores de efetiva tutela judicial, e é somente no final do século que surgirá, a final, a idéia de as relações entre ambos - Estado e Sociedade - não desenharem apenas ordem de mando e subordinação, mas de *recíproca colaboração*, cabendo, ao Estado, também *deveres de proteção*.

Essa compreensão deriva, dentre outros fatores<sup>24</sup>, de uma mudança ideológica: no Estado Social, muda o *pathos* que animava o Estado liberal. Do *pathos* da liberdade se alcança o *pathos* da solidariedade social<sup>25</sup>, hoje um valor de *status* constitucional (CF, art. 3º, III, e art. 170). Por detrás dessa mudança está um novo modelo de relacionamento entre Estado e Sociedade Civil: esta não mais refuta a intervenção do Estado, mas verdadeiramente a requer e solicita<sup>26</sup> e a proteção, “como termo correlativo da obediência, resta preenchida de um novo conteúdo: é tutela dos particulares nas concretas necessidades da vida (doença, desemprego, velhice, etc), e não bens longínquos e inapreensíveis como a paz interna e a integridade das fronteiras<sup>27</sup>”.

Em suma, a Sociedade Civil não reclama proteção para a liberdade individual, tão somente, mas para encaminhar ao Estado os problemas que, individualmente, não podem ser resolvidos. Daí o papel positivo que reveste a solidariedade social, traduzida,

<sup>21</sup> Num Estado que deve exercer múltiplas atividades de direção, inclusive econômica, e por isto é um contínuo produtor de normatividade, a idéia de confiança como mera estabilidade e previsibilidade das regras do jogo (tal como a tradicionalmente capturada pelos princípios da segurança e da legalidade) perde em grande parte o seu original sentido. Ela vem revestida, agora, por um renovado conteúdo ético, que diz com as relações entre o Direito e a Moral, o Estado e a Sociedade Civil.

<sup>22</sup> GENRO, Tarso, *A Relação da Administração Pública com a Sociedade*, in Anais do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Porto Alegre, 1998, p.57.

<sup>23</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, prólogo à CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 11.

<sup>24</sup> Para essa análise, veja-se o estudo de COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70.

<sup>25</sup> IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Política*, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999, p. 49.

<sup>26</sup> Assis IRTI, Natalino. *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 7.

<sup>27</sup> IRTI, Natalino, *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 7.

nos diversos domínios jurídicos, por seus “princípios decorrentes”, tal como ocorre com a boa-fé objetiva no domínio do Direito obrigacional<sup>28</sup>.

As dicotomias oitocentistas não sobreviveram, como tais, à passagem do século XX ao século XXI<sup>29</sup> e é hoje crescente, por exemplo, o papel dos indivíduos e das organizações sociais na realização de tarefas públicas<sup>30</sup>, o que vai implicar numa reaproximação, em novos moldes, por certo, entre Estado e Sociedade Civil. As noções de ‘função social’ e de ‘responsabilidade pública da ação privada’, a própria emergência de campos da vida privada que têm relevância coletiva e pública vão, entre outros fatores, esfumar o até então espesso muro divisório entre Direito Público e Direito Privado, interesse público e interesse particular, economia e política. Crescem, em tamanho e em importância, as zonas intermediárias entre o “núcleo duro” do exclusivo interesse individual (representado pelo princípio da autonomia privada) e o do exclusivo interesse estatal (representado pelo princípio da supremacia do interesse público). E, progressivamente, se vão tornando visíveis os esforços, legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, para aproximar Estado e ética social.

Essa aproximação opera por múltiplas formas, seja pela inserção, nas Constituições, de pautas axiológicas tidas como “fundamentais”, seja pela atividade de codificação dos procedimentos administrativos, ou pela emergência de leis de conduta para os agentes públicos, seja pela concreção judicial de princípios, diretrizes, cláusulas gerais e conceitos indeterminados - cuja função é a de injetar permanente carga valorativa na regulação jurídica dos comportamentos sociais, e não apenas preencher as lacunas da lei -, seja, enfim, pelo alargamento da dicção judicial, passando-se novamente a considerar a jurisprudência verdadeira fonte de produção de positividade jurídica, modelando-se, aí, uma positividade que é processual e dinâmica, se que “faz ao andar”, como na poesia de Antonio Machado, não mais restando limitada ao momento - este sim, estático e rígido - da posição da lei pelo legislador. Considera-se, enfim, que se o Estado não é mais uma instância alheia à sociedade: esta, e seus sujeitos, “tem uma relação com o Estado distinta, enquanto baseada no que a dogmática alemã denominou como “posição fundamental” do cidadão derivada da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Assim escrevi em Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, ensaio integrante de *A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) Judith Martins-Costa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

<sup>29</sup> Veja-se COSTA DA SILVEIRA, Michele: As grandes metáforas da bipolaridade; ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de: Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio; LUDWIG, Marcos de Campos: Direito público e direito privado: a superação da dicotomia e VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto, O chamado Direito Civil Constitucional, todos in *A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, respectivamente p.p. 21-53; 72-86; 54-71; 87-120 e 174-212.

<sup>30</sup> Assim o amplo estudo de COUTO E SILVA, Almiro, *O Indivíduo e o Estado na Realização de Tarefas Públicas*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 209, 1997, pp. 43-70.

<sup>31</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, prólogo a CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 11.



Por isto é que, como afirma Francesco Manganaro<sup>32</sup>, a atual evolução das relações entre a Administração Pública e os cidadãos “*tem suscitado um renovado interesse pelo correto desenvolvimento da atividade administrativa*”, encontrando-se, nas decisões da jurisprudência, “cada vez mais freqüentemente afirmada a exigência de tutelar, no âmbito de tais relações, a boa-fé dos sujeitos interessados, ainda quando a Administração age em setores geralmente considerados âmbitos privilegiados do exercício autoritário do poder”.

O que aí está indicado é que, ao invés de apenas privilegiar o poder de império, a ação estatal deve levar em conta outros fatores, como as expectativas legitimamente despertadas por sua conduta, e assim mantê-las, em respeito à confiança despertada na sociedade. A Administração - ainda que atuando como autoridade decisória - está adstrita a conformar a própria conduta a normas de comportamento que, mesmo não expressamente previstas na lei ou em atos administrativos, permitem realizar o interesse público sem o excessivo sacrifício da esfera jurídica dos cidadãos<sup>33</sup>. Daí que, objetivamente gerada a confiança por atos, palavras ou comportamentos concludentes, esta se incorpora ao patrimônio jurídico daqueles a quem são dirigidos esses atos, palavras ou comportamentos: o Ordenamento jurídico tutela os efeitos produzidos pela ação geradora de confiança em quem nela legitimamente confiou<sup>34</sup>, coibindo ou limitando a ação administrativa, ou impondo deveres à Administração.

B) Os deveres que decorrem do princípio da confiança na relação obrigacional entre o Estado e os particulares: a atuação da boa-fé objetiva.

A confiança (*cum fides*) adjetiva-se na boa-fé (*bona fides*). A Lei Federal n 9.784, de 29 de janeiro de 1.999<sup>35</sup>, que regula o processo administrativo, teve o mérito de introduzir, no universo da Administração Pública, de forma expressa, o princípio da boa-fé. No inciso IV do parágrafo único do art. 2º, consta, com todas as letras, o dever da Administração, de atuar segundo os “padrões éticos da probidade, decoro e boa-fé”. Trata-se da boa-fé objetiva, que, como observei em outras ocasiões, distingue-se da

<sup>32</sup> MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995 p. 5, tradução minha.

<sup>33</sup> Neste sentido MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995 p. 42 e ainda: “(...) quanto più vi è esercizio di un potere autoritativo, tanto maggiore sarà la necessità di individuare criteri di limitazione di esso”.

<sup>34</sup> Com efeito, é inadmissível a existência de uma ordem social que não se assente num grau ainda que mínimo de confiança. Poder-se-ia mesmo dizer que a ordem jurídico-social constitui uma estrutura escalonada em graus de confiança, sendo mais tênues os que defluem do mero fato de viver em sociedade e mais fortes os que ligam as partes que travam negócios jurídicos ou que deles se acercam, ainda que não cheguem efetivamente a concluir-se. Por isto é que a responsabilidade pré-negocial, conquanto não tenha sido objeto de recepção legislativa em variados sistemas jurídicos, mesmo assim tem-se como implicitamente aceita, derivando a sua dimensão da boa-fé, preceito fundamental na valoração e interpretação de qualquer fenômeno na esfera do direito.

<sup>35</sup> “Lei do Processo Administrativo”.

boa-fé subjetiva, ou “boa-fé crença”<sup>36</sup> por moldar padrão objetivo de conduta, a ser sempre concretizado pelo intérprete à vista das circunstâncias, conduta essa impositiva, porém, a quantos entram em contacto social<sup>37</sup> relevante juridicamente, de certos deveres de conduta positivos e negativos. Assim, os deveres de colaboração, cooperação, consideração com os legítimos interesses do *alter*, correção, informação, de veracidade, lealdade e manutenção de promessas feitas, de não-revogação de atos que tenham atingido a esfera de terceiros e, até mesmo, de consideração da eficácia de atos eivados por nulidade, se caracterizadas certas condições.

Se assim deve atuar a boa-fé objetiva no processo administrativo, assim também opera, em nosso entendimento, nas relações obrigacionais em que é parte a Administração Pública. É que no domínio das obrigações negociais e extra-negociais, o princípio da confiança é dogmaticamente especificado pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a sua dupla face.

A confiança, traduzida nos deveres de agir segundo a boa-fé e com adstrição à lealdade implicará, por evidente, a *relativa restrição* a certos poderes da Administração Pública. Considera-se que, quando órgãos ou autoridades públicas provocam, com suas declarações no mundo jurídico, o nascimento de legítimas expectativas, devem essas ser tuteladas, ocorrendo mesmo, por vezes, o dever de não-revogar ou revisar atos lícitos, porém inoportunos, ou mesmo o dever de não invalidar atos ilegais, se já consolidadas pelo tempo certas situações, tendo-se, então, por sanada a invalidade originária<sup>38</sup>. Trata-se aí da eficácia negativa do princípio da confiança, impondo à Administração deveres de não-fazer<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Sabe-se que a expressão “boa-fé”, quanto conotada ao Direito das Obrigações, possui significado diverso daquele que lhe é normalmente atribuído quando se está a tratar do Direito das Coisas. Muito embora ambas as expressões encontrem unidade no princípio geral da confiança, que domina todo o ordenamento, ambas desempenham, dogmaticamente, distintos papéis. A boa-fé subjetiva traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas da usucapião.

<sup>37</sup> A categoria jurídica do “contato social” foi proposta por COUTO E SILVA, Clóvis, para sistematizar as fontes das obrigações e da conseqüente responsabilidade por danos. Veja-se, do autor, *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Droit Brésilien et Comparé*, Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.

<sup>38</sup> Veja-se, acerca da “convalidação dos atos administrativos nulos”, COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63.

<sup>39</sup> V.G. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, conquanto não ter discernido entre a boa-fé objetiva e a subjetiva, é expressivo deste entendimento: “*Administrativo. Servidor Público. Incorporação De Gratificação. Possibilidade. Estorno Das Quantias Já Pagas. Barreira Da Boa-Fé. 1. Embora seja possível à Administração anular seus atos, e não fizesse jus o servidor à incorporação da gratificação correspondente a Chefe de Departamento, quando ocupava o cargo de Chefe de Divisão, não cabe estornar as quantias já pagas, pois a boa-fé objetiva do servidor serve de barreira ao ato. 2. Segurança parcialmente concedida.* (TJRGS, MS nº 70001064989, 2º Grupo de C. Civ., Porto Alegre, Rel. Des. Araken de Assis, j. 11.08.2000).

O mesmo princípio poderá ainda atingir o poder da Administração em matéria de planificação econômica. Anuncia-se certo planejamento econômico (por exemplo, a construção de uma hidrovia) e, com base no anúncio, os particulares realizam despesas (por exemplo, importando barcos para trafegar na hidrovia, e constituindo empresa para tal fim). Posteriormente, vem a Administração a cancelar a construção da hidrovia. Pode a Administração, é certo, modificar o seu planejamento, de modo que não há o dever de manter o plano, mas pode restar caracterizado o dever de indenizar os particulares que sofreram danos injustos em razão de terem confiado no plano anunciado<sup>40</sup>. É que princípio da confiança tem alargado campo de atuação na Teoria dos Atos Próprios, impondo o dever de não *venire contra factum proprium*, expressão tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade<sup>41</sup>. É, pois, o *venire*, uma vedação genérica à deslealdade, como já decidiu, aliás, a 4ª Câmara Cível do STJ<sup>42</sup>.

Conquanto a função negativa, ou de limite, seja mais facilmente apreensível, o princípio da confiança (por gerar o dever de agir segundo a boa-fé), terá também *função positiva*, mediante a criação dos chamados “deveres de colaboração e cooperação”. A existência de deveres de colaboração, no tocante à Administração Pública, tem o efeito de auxiliar na concretização do princípio do Estado Social de Direito, no qual, explica Castillo Blanco, “transformou-se a relação Estado/súdito pela idéia de colaboração entre ambos, e o paradigma da obediência pelo da cooperação<sup>43</sup>”, na medida em que, quando se colabora, “a idéia de confiança adquire um especial valor e, portanto, sua

<sup>40</sup> COUTO E SILVA, Almiro, Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, in *Revista de Direito Público*, v. 63, pp. 29-36.

<sup>41</sup> O *venire* consiste em especificação da antiga Teoria dos Atos Próprios, que independe de recepção legislativa, pois traduz princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade. Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. O princípio atua em todos os “ramos” do Direito, tendo sua raízes no Direito Romano que, sistematizado no Direito Intermédio, deu causa ao brocardo *adversus factum suum quis venire non potest*. Todavia, já no Digesto (50,17,75), Papiniano assinalava a inadmissibilidade de alguém modificar de critério em prejuízo alheio, o que se estende modernamente ao Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual. Pode indicar, outrossim, um freio erguido à pretensão de quem reclama algo em aberta contradição com o que havia anteriormente aceitado, caracterizando-se também por uma omissão, quando tinha o agente o dever de agir (Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 462 e BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000, pp. 13 a 15.

<sup>42</sup> RESP nº 141879-SP, STJ, 4ª T. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 17. 03.98, assim ementada: *Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retome sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Recurso não conhecido*.

<sup>43</sup> CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 114, tradução minha.

proteção serve também ao desenvolvimento, sem fricções, do Estado Social de Direito e à adequada relação entre os poderes do Estado”<sup>44</sup>.

Porém, conquanto considerado consubstancial à própria idéia de Democracia, isto não significa, evidentemente que a confiança, como princípio que é, não deva ser composto com outros princípios, no jogo de ponderação de valores que caracteriza o pensamento prudencial. Como eloqüentemente afirma Castillo Blanco, “não se está defendendo (...) a petrificação ad eternum do ordenamento jurídico, a inalterabilidade demasiadamente exagerada do não-conveniente, a justificação da inatividade por temor a vulnerar míticos direitos adquiridos”<sup>45</sup>.

Trata-se, diversamente, de aprofundar a responsabilidade dos poderes públicos e obrigá-los a respeitar determinadas situações jurídicas consideradas dignas de proteção segundo certos princípios existentes no Ordenamento. E não há dúvidas de que, nas relações obrigacionais, o princípio apto a recepcionar, direcionar e mensurar os efeitos da confiança é o *princípio da boa-fé objetiva*.

A correlação entre a confiança e a boa-fé está, para além do parentesco etimológico em que a boa-fé, na acepção objetiva, caracteriza arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isto, uma norma de comportamento leal<sup>46</sup>. No Direito Privado não mais se discute ser a boa-fé objetiva princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações<sup>47</sup> - tendo sido, inclusive, recepcionado expressamente no novo Código Civil - sejam essas obrigações civis ou comerciais, ou as derivadas de situações concorrenciais, entendendo Mário Júlio de Almeida Costa que “As exigências pragmáticas do tráfico jurídico e uma legítima aspiração a um direito objectivamente justo postulam que não se atenda apenas à intenção ou vontade do declarante, mas também à sua conduta e à confiança do destinatário”<sup>48</sup>.

Da valorização da confiança, expressa pelo princípio da boa-fé objetiva - cuja relevância cresce proporcionalmente ao aumento da desagregação dos vínculos comunitários que marca a nossa sociedade - decorre a sua importância na relação obrigacional, a qual se desenvolve como um processo voltado a uma finalidade, que é o adimplemento com a satisfação do credor<sup>49</sup>. Ora, esse processo, esse fluir, no tempo, polarizado por um fim, perpassa fases diversas: não raramente, a relação obrigacional

<sup>44</sup> I CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 114, traduzi.

<sup>45</sup> CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 28, traduzi.

<sup>46</sup> Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 411. Para além de designar, em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial,

não é antecedida pelo vazio jurídico, mas por uma fase preenchida por aproximações prévias, contatos, negociações mais ou menos intensas, ajustes preliminares do mais variado tipo, promessas diversas. A essas tratativas pode suceder-se a conclusão do negócio contratual que, se contiver obrigações projetadas no tempo, atravessará fase de amplo desenvolvimento antes de alcançar a sua finalidade, podendo-se, ainda, falar numa fase pós-contratual.

A primeira destas fases – a que antecede o ajuste que será, ou não, estabelecido - demarca o campo operativo da responsabilidade pré-contratual, passível de ocorrer também nas relações em que, num dos pólos, situa-se a Administração Pública.

## II) A responsabilidade pré-negocial da Administração Pública.

Dentre as manifestações do princípio geral da confiança e do dever de agir segundo a boa-fé, destaca-se a responsabilidade pré-negocial, servindo de fundamento para a responsabilização daquele que violou a confiança da contraparte ainda na fase pré-contratual. Desde a “descoberta dogmática” de von Jhering, em 1861<sup>50</sup>, acerca da *culpa in contrahendo*, vêm a doutrina e a jurisprudência detectando casos que configuram exercício de direito em desacordo com a boa-fé na fase pré-negocial<sup>51</sup>, daí resultando a sua específica modelagem (A). O dano à confiança contém peculiaridades, que se traduzem na forma de sua indenização (B).

### A) A modelagem da responsabilidade pré-negocial.

A responsabilidade pré-negocial constitui, em regra, modelo doutrinário apreendido em modelo jurisprudencial<sup>52</sup>, que hoje se estende também ao Direito Público<sup>53</sup>. Essa forma de responsabilidade - versão atual da antiga *culpa in contrahendo* - configura instituto pelo qual visa o ordenamento jurídico, “proteger a confiança depositada por cada uma das partes na boa-fé da outra e conseqüentes expectativas que esta lhe cria durante as negociações, quanto à criteriosa condução das mesmas, à futura celebração do negócio ou à sua validade e eficácia”<sup>54</sup>.

Muito embora conhecida em vários ordenamentos desde os finais do século XIX, sua expansão é relativamente recente, tendo-se tornado possível apenas quando o Direito das Obrigações supera (como ensina Almeida Costa), a rigidez dos tradicionais postulados individualistas e voluntaristas que o haviam marcado na codificação pela consideração dos interesses da contraparte, o princípio da boa-fé indica, outrossim, um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos, em certas hipóteses. Como emanação da confiança no domínio das obrigações, a grande relevância dos deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva está em que, como norma de conduta, operam defensiva e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos que decorrem do dever geral de colaboração que domina todo o Direito das Obrigações. (Veja-se COUTO E SILVA, Clóvis, “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português”, in

oitocentista, voltando-se, por seus princípios e regras, a tutelar a confiança dos contratantes durante as negociações que antecedem à conclusão de um negócio jurídico<sup>55</sup>. No Direito Público, por sua vez, a ainda incipiente admissão da responsabilidade pré-negocial é possibilitada, histórica e ideologicamente, pela viragem à nova ética social – a ética da confiança – que antes apontamos, e que afirma-se, *pari passu*, com a ultrapassagem do Estado de legalidade formal para o Estado de legalidade substancial.

Essa forma de responsabilidade por danos não se prende, exclusivamente, ao período prévio à formação de *contratos*, mais de quaisquer negócios jurídicos, de modo que a denominação adequada é, efetivamente, “responsabilidade pré-negocial”. O seu fim é a proteção da confiança na fase que antecede o ajuste (que será, ou não, concluído). Para tanto, entende-se que ambos os participantes das tratativas negociais estão vinculados aos deveres de agir com lealdade e segundo os ditames da boa-fé, na violação destes deveres residindo, pois, o fundamento do dever indenizatório, hoje já não vinculado exclusivamente à ação culposa<sup>56</sup>. A infração aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, como elemento do suporte fático do dever indenizatório, introduz uma “novidade” que já havia sido anunciada há quarenta anos por Clóvis do Couto e Silva<sup>57</sup>, mas que tem sido de lenta assimilação pelos Tribunais.

Tal como ocorreu em Portugal, por longos anos as discussões acerca da responsabilidade pré-negocial estiveram atadas exclusivamente à idéia da culpa na formação dos contratos, o que decorre da própria origem da Teoria, a pré-compreensão do fundamento limitando as investigações doutrinárias e o trabalho jurisprudencial<sup>58</sup>. Só mais recentemente, em razão dos estudos sobre as funções do princípio da boa-fé objetiva, no Direito Privado, e da tutela da confiança e da moralidade, no Direito Público, é que seu campo tem merecido o devido alargamento<sup>59</sup>. Parece pois importante bem situar o fundamento do instituto.

O campo operativo da responsabilidade pré-negocial não é o mesmo dos chamados pré-contratos, ou contratos preliminares, pois aí já existe contrato, e a responsabilidade pelo seu não-cumprimento é contratual. Diferentemente, o dano pré-negocial, ou “dano à confiança”, ocorre no espaço do “ainda-não-contrato”, o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do “trato<sup>60</sup>. Por isto, para verificar se existe, ou não, responsabilidade pré-negocial, é à fase formativa que cabe atentar, pois os fatos indutores da responsabilidade pré-negocial estão situados na fase que antecede a celebração do negócio jurídico, razão pela qual a responsabilidade de que ora se trata é responsabilidade *na formação* dos negócios jurídicos.

*Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 55).

<sup>47</sup> Veja-se ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 2001, p. 95 e ss, com extensa e atualizada bibliografia.

A chamada fase formativa é constituída pelos multifacetários contatos e diálogos preliminares que, no *iter* negocial, se localizam numa etapa que precede a conclusão do ajuste e que, no campo dos contratos administrativos, é peculiarizada pela existência da licitação e, mesmo antes, pela fase preparatória do procedimento licitatório. Seu conteúdo, afirma Stiglitz<sup>61</sup>, varia segundo a função econômico-social do negócio que talvez seja celebrado, sendo, por isto mesmo, de difícil, senão impossível, descrição prévia. Para as partes, a importância da fase formativa é manifesta: de um lado, permite a formação de um juízo de valor em torno da conveniência, ou não, da conclusão do negócio; de outro, sua importância está na direta razão dos efeitos que derivam daquelas situações em que se frustram as tratativas, danosamente, para uma das partes<sup>62</sup>, ou em que a disciplina pré-definida no procedimento prévio ao ajuste não é observada. Por isto nessa etapa os negociadores – Administração e particulares – devem, reciprocamente, lealdade e correção, “pois ambas têm razões para crer e confiar na outra, especialmente em que as negociações se desenvolvam seriamente, com diligência e sem má-fé configuradora do dolo, positivo ou negativo<sup>63</sup>”.

Isto significa afirmar que existem deveres relativos ao mútuo comportamento ao longo das negociações, deveres de conduta tais como o de comunicar ao outro uma causa de invalidade do negócio, ou da possibilidade de sua modificação; o de não adotar uma posição de reticência perante o erro em que a contraparte incorra; o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração; o de abster-se de propostas de contratos nulos por impossibilidade de objeto; o dever de não permanecer em inércia injustificada, provocando danos à contraparte em razão da inércia; o dever de não se retirar injustificadamente das tratativas quando estas já alcançaram determinado ponto capaz de gerar, no outro partícipe das negociações, a legítima expectativa de que as negociações evoluirão, e que o contrato será firmado nas condições negociadas ou prometidas, entre outras hipóteses. Por esta razão, nos mais diversos sistemas, “se halla aceptado que, si una de las partes, actúa de modo tal, que su acción o silencio no implican sino hacer inducir en error a la otra, se justifica una pretensión resarcitória, si la frustración culmina en daño. Es que el ordenamiento jurídico reacciona y exige sancionar la responsabilidad civil de quien, en el curso de las tratativas, perjudica los intereses de la otra parte, en consideración a una conducta que, como quedó expresado, vicia la voluntad del otro, o que provoca una abusiva extinción de esa fase preliminar, o de quien prolonga maliciosamente las negociaciones, luego de haber creado en la otra parte confianza acerca de la segura conclusión del contrato<sup>64</sup>”.

<sup>61</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 48, grifei.

<sup>62</sup> Acerca da relação obrigacional como um processo veja-se, por todos, COUTO E SILVA, Clóvis, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976.

<sup>63</sup> *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektionen gelangten Verträgen* (in Jherings Jarbücher, 4, 1861. Para uma síntese vide o meu

Se essa é a lição da doutrina argentina, não é diverso o ensinamento que vem de Portugal, da Alemanha, da França, da Itália. No primeiro tem-se como assente, diz Mario Júlio de Almeida Costa que, “através da responsabilidade pré-contratual, o que diretamente se tutela é a confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações num plano de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, podendo-se chegar à formação de uma legítima expectativa da conclusão de um contrato válido e eficaz e da conseqüente obtenção futura dos proveitos ao mesmo ligados”<sup>65</sup>.

A compreensão da operatividade do princípio da boa-fé permitiu, naquele país, que os juizes se libertassem “*da prisão do conceptualismo*”<sup>66</sup> e alargassem as hipóteses do dano pré-negocial para além dos casos tradicionais da *culpa in contrahendo*, nas quais a obrigação indenizatória ligava-se fundamentalmente ao chamado recesso intencional, isto é, quando se iniciavam ou prosseguiram as negociações “com o determinado propósito de ruptura, a que, todavia, se equiparavam outras hipóteses em que se verificava a consciência de causar prejuízo à contraparte”<sup>67</sup>. Na antiga doutrina, vigorante nas primeiras décadas do século XX, exigia-se - para configurar-se a obrigação de indenizar - que o procedimento de qualquer das partes ocasionasse prejuízos à outra parte e que esse procedimento fosse um fato ilícito culposos. A ilicitude, contudo, só se configuraria se demonstrada a fraude<sup>68</sup>, não constituindo ilicitude a ruptura arbitrária das negociações<sup>69</sup>.

Paulatinamente, porém, foi a doutrina alargando a idéia de culpa, para fazer entrar, em seu conceito, a deslealdade pré-contratual, que caracterizaria uma espécie de abuso. Entre nós averbou Antônio Chaves:

“a conclusão a que se chega é a de que o elemento culpa intervém na generalidade dos casos. Pelo menos no sentido peculiar que toma em se tratando de responsabilidade pré-contratual e que foi apanhado por CHABAS: consistindo no fato do declarante ter promovido uma aparência prejudicial para outrem, se ela foi criada voluntariamente é um embuste, e a idéia de culpa parece indiscutível. Se ela foi formada involuntariamente, constitui o resultado de uma negligência ou de uma imprudência mais ou menos repreensível por parte do autor, mas em todos os casos a culpa aparece nitidamente caracterizada”<sup>70</sup>.

Os Stiglitz afirmam, neste mesmo compasso, que na responsabilidade pré-contratual a culpa consiste na omissão das diligências exigíveis ao agente. “Não existe *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 485 e ss.

<sup>51</sup> Para o exame deste tema em perspectiva comparativista, FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte, *Revista. Inf. Legislativa* n° 136, 1997, p. 175.

<sup>52</sup> Para a idéia de ‘modelo jurídico’ veja-se REALE, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.



o propósito deliberado (...) de frustrar as tratativas pré-contratuais, mas se chega igualmente a esse resultado por não haver tido, o sujeito, o cuidado de adotar as medidas necessárias para impedi-lo”<sup>71</sup>. E, em Portugal, Pedro de Ascensão Barbosa já vislumbrava culpa no caso, “de uma pessoa entrar em negociações com outra, a fim de celebrar um contrato, e usar, nessas negociações, de culpa, tal como a que consiste, por exemplo, em, sem Ter intenção de contratar, deixar aquela fazer despesas, contrair obrigações, desprezar lucros, etc. Aqui, há um facto ilícito que consiste em abuso de direito; e há prejuízo. Haverá, conseqüentemente, responsabilidade civil. Criou-se a expectativa de contratar que foi, ilicitamente, iludida por abuso de direito: haverá a obrigação de indemnizar os prejuízos que não se teriam verificado (danos negativos) se não fosse o projecto de contrato, em cuja quebra houve culpa”<sup>72</sup>.

Contudo, quem verdadeiramente abriu caminho, em Portugal, à moderna consagração do instituto - na qual a idéia de culpa é substituída pela de boa-fé - foi Vaz Serra, um dos elaboradores do Código Civil, cuja obra foi prosseguida por juristas de escol tais quais Mota Pinto<sup>73</sup>, Pessoa Jorge<sup>74</sup> e Almeida Costa. É deste notável professor o mais pormenorizado ensinamento acerca do meio-ambiente no qual nasce a responsabilidade pré-negocial: após chamar a atenção para o processo formativo dos contratos, para o “processo genético que se inicia aos primeiros contactos das partes” descarta figuras que, muitas vezes, estão situadas nesse processo – tais como os contratos-promessa, os pactos de preferência, os acordos-quadros, todos eles dotados de vinculatividade contratual - para ocupar-se justamente dos “actos pré-negociais destituídos de qualquer garantia contratual específica, como em regra sucede”<sup>75</sup>.

Mesmo no direito francês, o sistema *mater* da “*autonomie de la volonté*” tem-se logrado (conforme assegura Gisella Pignataro, em trabalho comparatista<sup>76</sup>), atentar para a existência de *devoirs de loyauté* (deveres de lealdade) e *devoirs de renseignement* (deveres de esclarecimento), que perpassam a fase pré-contratual, e cuja infringência pode dar causa ao dano pré-contratual. O *devoir de renseignement* consiste no dever de esclarecer o futuro contratante, com lealdade, acerca dos pontos que seriam essenciais para a formação do seu consentimento, considerando-se, para medir a extensão do dever, “se a informação era suscetível de exercer uma influência sobre o consentimento do vendedor, de tal sorte que ele não teria concluído o contrato, ou só o teria concluído em condições mais favoráveis se ele delas tivesse tido conhecimento”<sup>77</sup>.

<sup>53</sup> Opina, com correção, GIACOMUZZI: “A Administração Pública deve também submeter-se ao princípio da responsabilidade pré-contratual. Nenhuma razão há para afastá-la de tal encargo, sem que isso lhe tolha ou anule os poderes de revisão unilateral dos contratos, presente, sempre, a possibilidade de indenização em caso de culpa da Administração ou em razão da confiança legítima provocada no administrado”. (GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 282).

Porém, não é apenas o silêncio doloso que é sancionado com a responsabilidade por danos, mas a mera violação da obrigação de informar lealmente o outro negociador, como anota Patrick Jourdain<sup>78</sup>, o que se põe com especial intensidade quando entre os negociadores há efetiva *desigualdade de poderio*, como ocorre nas relações entre bancos e seus clientes ou entre o Estado e os particulares. Esse dever de lealdade pré-contratual, quando violado, pode ainda caracterizar a responsabilidade pela “perda de uma chance” (*perte d’une chance*), noção já antiga em tema de responsabilidade civil, da qual dá exemplo Vera Fradera: o rompimento “brutal e unilateral dos *pourparlers* já bastante avançados engendra responsabilidade”<sup>79</sup>. Tem, assim, a jurisprudência, dado novos rumos à regra do art. 1.135 do *Code Civil* para entender:

“uma negociação pode ser encerrada sem que haja contrato, pois esta faculdade decorre do princípio da autonomia da vontade; o que não se admite é rompê-la após ter suscitado na outra parte a confiança de que um contrato será concluído. Tal atitude acarreta a responsabilidade”<sup>80</sup>.

Os deveres de lealdade pré-contratual se espraiam numa variada gama de hipóteses, seja a celebração de um contrato que depois vem a se revelar inválido, seja a quebra de deveres de informar sobre atributos da coisa a ser vendida, seja pela violação do dever de segredo por quem revela segredos ou fatos dos quais teve conhecimento em razão das tratativas, seja pelo chamado “recesso injustificado”, que consiste na retirada das negociações após ter gerado na contraparte a legítima expectativa de que o contrato seria celebrado, seja pela retirada, no último momento, e injustificadamente, das negociações para a repactuação de um acordo, etc; De todas essas hipóteses podem decorrer danos pré-contratuais, *fattispecie* que têm em comum, observa Carlos Alberto da Mota Pinto, o fato de se terem produzido por ocasião das tratativas negociais, “dada a confiança depositada pelas partes na validade do negócio jurídico celebrado ou na sua celebração futura”, responsabilizando-se o agente “que provocou essa frustração negocial”<sup>81</sup>.

A frustração negocial é manifesta na hipótese da interrupção injustificada das negociações, constituída por dois elementos apenas analiticamente cindíveis, quais sejam a *ruptura injustificada* e a *confiança legítima* que foi fraudada.

<sup>78</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 33.

<sup>79</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 33.

<sup>80</sup> A produção doutrinária e jurisprudencial brasileiras tradicionalmente acenavam à culpa como elemento necessário do suporte fático da responsabilidade pré-contratual. Já no final da década de 50 Antônio CHAVES podia ilustrar com a jurisprudência nacional a sua pioneira monografia, *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, sendo sempre lembrado o pioneiro

Melhor do que ninguém expõe Mario Júlio de Almeida Costa a questão da ilegitimidade da ruptura. “É fácil verificar”, afirma, “que o tema envolve dois aspectos, como um *prius* e um *posterius*: o de saber quando se pode pôr a questão da ruptura das negociações e a subsequente controvérsia da sua legitimidade ou ilegitimidade”<sup>82</sup>. Para haver ruptura, é preciso (e aí está o *prius*) a existência de negociações, e que essas tenham sido levadas a cabo gerando a legítima expectativa de firmar-se um futuro negócio jurídico. É preciso que a ruptura tenha sido “ilegítima”, “desleal”, “arbitrária”, “injustificada”, ocupando-se o festejado civilista português em responder à questão de saber: quando é que a ruptura merece uma tal qualificação?

A expressão “ruptura ilegítima” (e as suas expressões correlativas) designa um conceito vago para cujo preenchimento é o intérprete chamado a atuar à vista das peculiares circunstâncias do caso, devendo proceder a uma “equilibrada ponderação dos interesses divergentes das partes e dos interesses trans-individuais do comércio jurídico”, no qual avultam os postulados de retidão de conduta e lisura que resultam da boa-fé<sup>83</sup>. Ao fim e ao cabo, “ruptura justificada” e “legítima confiança” constituem - é ainda Almeida Costa quem sublinha - termos contrapostos, decidindo-se o predomínio da posição de uma ou de outra das partes “em consequência das respectivas condutas”<sup>84</sup>. De tudo resulta que, “o problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre se o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária”<sup>85</sup>.

Ora, a avaliação desta “relevância objetiva” da qual a ruptura pode revestir-se para o outro negociador, que confiou no prosseguimento e no bom termo das negociações, *se põe com muito maior rigor para a Administração Pública do que para os particulares*. Se os deveres decorrentes do postulado geral da confiança não se aplicam apenas às relações interprivadas, eles são, pelo contrário, *até mesmo acrescidos* quando Administração Pública é parte porque, se nas relações interprivadas os deveres de agir segundo a boa-fé objetiva são, por vezes, relativizados pela incidência do princípio da autonomia privada, isto não ocorre nas relações de direito público, nas quais não há que falar em autonomia privada. É o fim, não a vontade que polariza a relação de administração, escreveu magistralmente Cirne Lima, há mais de meio século.

Contemporaneamente percebeu essa distinção Gabriella Racca, assinalando a “função moralizadora” exercida, na Itália, pela regra do art. 1337 do *Codice Civile*, impositiva da boa-fé e da correção (*correttezza*) na fase das tratativas para “todos os acórdão do STJ no Agravo de Instrumento nº 16.548, do ano de 1958, versando justamente à indenização por perdas e danos por parte de quem, entrando em tratativas com outrem, frustra a fundada esperança deste na realização do negócio ( DJU de 15.9. 1958, p. 2.833/4). No mesmo sentido a doutrina de GOMES, Orlando, cuja edição de 1981 de *Contratos*

sujeitos do ordenamento jurídico (*"tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico"*)<sup>86</sup>, inclusa a Administração Pública. Avaliza esse mesmo entendimento Monatari, segundo o qual deve ocorrer, na avaliação da boa-fé pré-contratual, "um maior rigor na avaliação dos parâmetros de correção e boa-fé quando, ou pelo sujeito envolvido na hipótese (profissional, Administração Pública, empregador, banco) ou pelos instrumentos jurídicos com os quais as tratativas se desenvolvem (pacto de opção, cartas de intenção, "cartas de patrocínio") se enseje uma maior confiança na conclusão do contrato ou na gestão diligente e correta das tratativas"<sup>87</sup>.

Com efeito, a invocação do "sujeito envolvido" nas tratativas é da maior relevância, não só porque nas relações das quais participa ente público ou vinculado à Administração Pública é nulo o papel da autonomia privada, mas igualmente pela razão de aí incidir o princípio constitucional da moralidade pública, tão apropriadamente invocado no acórdão que introduz estes comentários. A moralidade, tal como inscrita, como princípio, no *caput* do art. 37 constitucional, consiste numa conduta conforme à seriedade, à probidade, à correção, isto é, à *correttezza* que o direito italiano deduz de uma conduta segundo a boa-fé, afastando, assim, a contraditoriedade, o engano, a lerdeza, a deslealdade.

A deslealdade da Administração face aos cidadãos configura verdadeiro problema de moralidade administrativa<sup>88</sup>. Essa não é a moralidade subjetiva do agente, nem se confunde com a moral dos indivíduos, mas se configura na adstrição de uma *ética pública* que afasta, de *per sí*, a deslealdade, a mentira, o engodo, a torpeza. A idéia de moralidade pública conota, pois, correção de conduta, seriedade, lealdade, probidade, qualificativos sempre atribuídos à conduta segundo à boa-fé.

Da adstrição a uma conduta séria, proba, correta, pautada, enfim, pela moralidade, decorrem os deveres de correção e lealdade, ainda *reforçados pela presunção de legalidade e legitimidade da ação administrativa e pela indiscutível desigualdade material das partes negociadoras*. É, pois, à vista do específico peso dos sujeitos em causa que os deveres pré-contratuais devem ser concretamente avaliados, assim como a medida da indenização ao dano causado.

## B) O Dano à Confiança, e o seu regime jurídico.

já mencionava o instituto. (*Contratos*, 8ª edição, 1981, p. 65 e ss.); RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, vol. III, 11ª edição, São Paulo, 1981 e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsó, t. XXXVIII, §§4,242 e 4.243

<sup>87</sup> COUTO E SILVA, Clóvis, *A Companhia Siderúrgica Mannesmann*, parecer, in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 13, Porto Alegre, 1975.

A responsabilidade pré-negocial, derivada do inadimplemento do dever de correção e boa-fé, obedece ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual<sup>89</sup> e objetiva, na forma do art. 37, parágrafo 6 da Constituição Federal. Há, mesmo, regra específica na Lei n 8.666/93 (art. 59, parágrafo único) que impõe o dever de indenizar por danos pré-negociais, mesmo na hipótese de o contrato vir a ser declarado inválido, desde que os prejuízos sejam “regularmente comprovados”. Além do mais, cabe lembrar que, na avaliação da conduta devida e do dever violado, é necessário ter em conta que as partes – ainda que não ligadas por vínculo contratual, forma de aproximação máxima do “contato social” – efetivamente *se aproximaram* numa situação de confiança que é diversa daquela, mais rarefeita, que vincula os que têm em comum apenas o fato de viverem em sociedade. Em suma: não obstante não se terem aproximado contratualmente, o contato social estabelecido foi mais intenso do que o que se verifica entre os que não têm outro vínculo senão o comandado pelo *neminem laedere*<sup>90</sup>.

Todavia, embora seja seguido o regime da responsabilidade extracontratual, algumas peculiaridades são observadas. A primeira delas diz respeito ao que é indenizado: o que se indeniza é o “interesse negativo”, ou “interesse da confiança”.

Para bem compreender a distinção entre o chamado “interesse positivo” e o “interesse negativo”, devida aos doutrinadores italianos, considera-se que a ruptura injustificada das negociações torna inúteis as despesas feitas pelo negociador que as realizou porque confiou na seriedade das tratativas e no bom termo das negociações. A regra, é, portanto, que a indenização – o tornar *in demne*, sem dano - tem por fim “devolver a outra parte nas condições em que se encontraria se a sua confiança na persistência das negociações não tivesse sido desiludida”, na célebre expressão de Vivante citado por Antônio Chaves<sup>91</sup>.

A expressão “interesse de confiança”, equivalente a “interesse negativo” ou a “dano negativo”, traduz bem o escopo desta figura, que vem sendo progressivamente posta em relevo na medida em que cresce a atenção à responsabilidade pré-negocial: o interesse negativo aponta para a situação em que o credor se encontraria *se não tivesse celebrado o contrato*, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas, seja pelo recesso injustificado de uma das partes, seja pela revelação indevida de segredos ou informações, seja pela não-dação de informações que teriam sido relevantes para formar o consenso contratual, seja pelo não-cumprimento de promessas feitas na fase

<sup>88</sup> Assim escrevi no “Prefácio” ao livro de CAPPELARI, Récio Eduardo, *Responsabilidade pré-contratual – aplicabilidade ao Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

<sup>89</sup> Assinala RACCA que a configuração da responsabilidade pré-negocial da Administração Pública permaneceu, por longo tempo, alheia ao fundamento de direito comum posto no art. 1337 do Código Civil Italiano (que impõe o dever de “correttezza

“na fase das tratativas). Assinala, contudo, constituir esse um “princípio relacional relativo a todos os sujeitos do ordenamento jurídico, entre os quais não pode ser afastada, ‘a pleno título’, aa Administração Pública que prepara-se para concluir um contrato. (RACCA, Gabriella: *La responsabilità*

pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor, etc. Para apurá-lo, “encara-se o prejuízo que o lesado *evitaria* se não tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados da boa-fé, “máxime” convencendo-se de que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que havia entrado correcta e validamente<sup>92</sup>”.

Não há identidade entre “interesse negativo” e “lucro cessante”. Segundo Almeida Costa, a indenização do interesse negativo abrange o dano emergente e o lucro cessante, já tendo alertado Antônio Chaves, há quarenta, anos que aquele não é de *per se* excludente dos lucros cessantes<sup>93</sup>. Conseqüentemente, o interesse negativo inclui não só diminuições de valores existentes suportadas pelo lesado com os preliminares do contrato e a sua ruptura, mas, por igual, com os benefícios que deixou de obter, pois a obrigação de indenizar compreende:

“danos que representem desvalorizações ou perdas patrimoniais e danos que se configurem como não valorização ou frustrações de danos. O que importa é que tais prejuízos derivados da ruptura das negociações se liguem, numa ‘relação etiológica’ à confiança; quer dizer, devem ter-se verificado depois e por causa da própria confiança do lesado, que alicerça a responsabilização pré-contratual do lesante<sup>94</sup>”.

Porém, essa relação etiológica - seja entre a efetiva diminuição do patrimônio, seja entre o que deixou de obter, e a confiança fraudada - deve ser direta e imediata, não abrangendo a mera potencialidade de um fato ou ato que não se chegou a realizar. Assim sendo, o interesse negativo consiste naquele que teria tido o prejudicado se a conduta do outro partícipe das negociações não tivesse despertado nele a *confiança* na conclusão do contrato, confiança em razão da qual o prejudicado antecipou despesas, com vistas à sua execução, ou deixou de auferir vantagem certa.

Doutrina e jurisprudência arrolam, exemplificativamente, despesas que se incluem no âmbito do interesse negativo: num caso de campanha publicitária, os gastos com gravações, contratação de atores, honorários de artistas, projetos, etc.<sup>95</sup>; também o aluguel de armazéns, de navios, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por ter descuidado de providenciar a acomodação em outro lugar das mercadorias *precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000, p. 460).

<sup>90</sup> Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 481.

<sup>91</sup> STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 15.

<sup>92</sup> STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 17.

<sup>93</sup> STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 19.

necessárias, ou por ter recusado outros negócios (“*perte d’une chance*”)<sup>64</sup>; prejuízo causado aos direitos de personalidade pela indevida violação de informações conhecidas na fase pré-negocial, etc. De modo sintético afirma-se integrarem o interesse negativo todos os gastos realizados tendo em vista a legítima expectativa de realizar o futuro contrato. Como ensina Chaves, “os prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo

<sup>64</sup> STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 20 e 21.

<sup>65</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

<sup>66</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

<sup>67</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

<sup>68</sup> Assim a posição de Guilherme MOREIRA, aludida por ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

<sup>69</sup> Neste sentido o entendimento de CUNHA GONÇALVES, também aludido por ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p.. 43.

podem-se traduzir, como os demais, numa diminuição patrimonial positiva – as quantias despendidas, p. ex – ou na frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do dano incidir sobre a parte em que exceder o positivo<sup>97</sup>”.

Diferentemente, o “interesse positivo” não é computado para fins de indenização porque esse é o que resultaria da *realização* do negócio. Exclui-se da indenização o interesse positivo pelo simples fato de que as perdas e danos não podem referir-se ao inadimplemento de um negócio que nunca fora concluído, mas tão somente às perdas que o lesado teve justamente *porque* o negócio não fora concluído, ou a promessa, cumprida, violando-se o dever de agir segundo a boa-fé pré-negocial.

### Conclusão.

A vagueza semântica que reveste a expressão “dever pré-contratual de agir segundo a boa-fé” consente à jurisprudência desenhar os contornos da responsabilidade pré-negocial da Administração Pública consoante a evolução da consciência social, e mediante a progressiva especificação das decisões que sancionam os comportamentos contrários àquela norma de conduta<sup>98</sup>, consoante o concreto contexto econômico-social no qual se desenvolve a operação. Nessa tarefa, porém, não deve ser esquecido o secular debate que move a filosofia política – pelo menos desde Maquiavel – acerca da *ética da ação pública*, pois Direito e Ética não estão de modo algum afastados.

No século XX, Max Weber, retomando as lições do célebre florentino, propôs a noção das “duas éticas”: a “ética dos princípios”, que orientaria a ação privada, e a “ética da responsabilidade”, que estaria a direcionar a ação pública<sup>99</sup>. A “ética dos princípios” regeria a ação privada porque esses derivariam da consciência individual, sendo ralo o seu caráter normativo. A “ética da responsabilidade” regeria a ação pública, por ser a ética da ação. Lamentavelmente, como anota Janine Ribeiro<sup>100</sup>, a expressão “ética da responsabilidade” tem-se prestado a equívocos, e “o maior erro a seu respeito consiste em entendê-la como uma não-ética”, já que, na política, “tudo seria válido, já que validado pelos resultados<sup>101</sup>.” Não é, contudo, assim. A “ética da responsabilidade” é uma ética da ação política, é a ética não apenas do governante, mas de “todo aquele que vê o social como podendo e/ou devendo ser plasmado por uma ação criadora – e pouco importa se esta é a indivíduo ou a do grupo. *A essa ação que cria o social, cabe chamar de ação política*”<sup>102</sup>.

Do mesmo modo, nesse início do século XXI, a expressão “ética dos princípios” não pode mais restar restrita à ação individual, mormente quando se afirma e reafirma,



inclusive na portada constitucional, a *normatividade* dos princípios acolhidos pelo Direito. Será possível afirmar, pois, que a ação pública inspira-se, também, na “ética da confiança”, que reúne, numa complementaridade, a ética dos princípios e a ética da responsabilidade. Cabe à doutrina, e à jurisprudência, guiadas pelos princípios do Ordenamento, a responsabilidade de viabilizar, nos campos e competências que lhe são próprios, o instrumental hábil à criação de modelos – tais como o da responsabilidade pré-negocial pela confiança iludida - que auxiliem a moldar, criativamente, a esfera do público que é *social*, ambas exercendo, assim, a sua legítima ação na *polis*.

## Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de: Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp.72-86.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 54-71.

BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000.

BRANCO, Gérson, *A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e efeitos*, Porto Alegre, 2001, inédito.

CAPPELARI, Récio Eduardo, *Responsabilidade pré-contratual – aplicabilidade ao Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959

COSTA DA SILVEIRA, Michele: As grandes metáforas da bipolaridade, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp 21-53.

COUTO E SILVA, Almiro, Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, in *Revista de Direito Público*, v. 63, pp. 29-36.

COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63;

COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70.

COUTO E SILVA, Almiro: Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1990, vol. 179/80: 51-92.

COUTO E SILVA, Clóvis. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Droit Brésilien et Comparé*, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.

COUTO E SILVA, Clóvis, “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português”, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

COUTO E SILVA, Clóvis, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis, *A Companhia Siderúrgica Mannesmann*, parecer, in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 13, Porto Alegre, 1975.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, Revista. Inf. Legislativa n° 136, 1997.

FREZZA, Paolo, Fides Bona, in *Studi sulla buona fede*, Milão, Giuffrè, 1975.

GENRO, Tarso, *A Relação da Administração Pública com a Sociedade*, in *Anais do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais*, Porto Alegre, 1998, p.57

GHESTIN, Jacques, Recueil Dalloz, Sirey, 1984, 33 ème Cahier, Jurisprudence, 457.

GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

GONZALES-PERES, Jesus: *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 1989,

IRTI, Natalino, *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992.

IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Política*, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999, p.

JANINE RIBEIRO, Renato. *A sociedade contra o social. O alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 2000.

JOURDAIN, Patrick, *Le devoir de se renseigner*, Paris, Recueil Dalloz, 1983, Chronique, p. 139.

LUDWIG, Marcos de Campos: Direito público e direito privado: a superação da dicotomia, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 87-120.

MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *Alternativas de gestão da Administração Pública: o Regime Jurídico das Concessões e Permissões Municipais*, Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, 13, 1999, p. 32.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, ensaio integrante de *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MENEZES CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral*, T. 1, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2000

MONATERI, Pier Giuseppe Monateri, *La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale*, UTET, Turim, 1998.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XVI, 1966.

MOTA PINTO, Carlos Alberto : *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985.

PESSOA JORGE, Fernando, A formação do contrato à face do novo Código Civil Português, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1975, vol. 249, p. 56 ..

PIGNATARO, Gisella. *Buona Fede Oggetiva e Rapporto Giuridico Precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, ESI, Salerno, 1999.

RACCA, Gabriella: *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000.

REALE, Miguel, *Invariantes Axiológicas*, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, São Paulo, p. 232

REALE, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto: O chamado Direito Civil Constitucional, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002,

- <sup>70</sup> CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 173., grifei.
- <sup>71</sup> STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 35.
- <sup>72</sup> ASCENÇÃO BARBOSA, Pedro, *Do contrato-promessa*, Coimbra, 1957, pp. 77 e ss, transcrito por ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 43.
- <sup>73</sup> Veja-se, do autor, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XVI, 1966, e *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985.
- <sup>74</sup> PESSOA JORGE, Fernando, A formação do contrato à face do novo Código Civil Português, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1975, vol. 249, p. 56 e ss.
- <sup>75</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 47.
- <sup>76</sup> PIGNATARO, Gisella, *Buona Fede Oggettiva e Rapporto Giuridico Precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, ESI, Salerno, 1999, p. 53 e ss.
- <sup>77</sup> GHESTIN, Jacques, comentário em Recueil Dalloz, Sirey, 1984, 33<sup>ème</sup> Cahier, Jurisprudence, 457, traduzi. No original: "si l'information était susceptible d'exercer une influence sur le consentement de l'acheteur, de telle sorte qu'il n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait conclu qu'à des conditions plus favorables s'il en avait eu connaissance".
- <sup>78</sup> JOURDAIN, Patrick, Le devoir de se renseigner, Paris, *Recueil Dalloz*, 1983, Chronique, p. 139, traduzi. No original: "Le silence déloyal par le banquier constitue une violation des dispositions de l'article 1134 du Code Civil énonçant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi".
- <sup>79</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, Revista. Inf. Legislativa n° 136, 1997, p. 174.
- <sup>80</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, Revista. Inf. Legislativa n° 136, 1997, p. 174.
- <sup>81</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV, Coimbra, 1966, p.150.
- <sup>82</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 60.
- <sup>83</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 61.
- <sup>84</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, pp. 61 e 62.
- <sup>85</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 62, grifamos.
- <sup>86</sup> RACCA, Gabriela M. *La responsabilit  precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene Editore, 2000, p.307.
- <sup>87</sup> MONATERI, Pier Giuseppe Monateri, *La Responsabilit  Contrattuale e Precontrattuale*, UTET, Turim, 1998, p.386, grifei e traduzi. No original: "un maggior rigore nella valutazione dei parametri di correttezza e buona fede laddove, o per il **soggetto coinvolto** nella vicenda (professionista, pubblica amministrazione, datore di lavoro, banca), o per gli **strumenti giuridici** con cui la trattative si svolge (patto d'opzione, lettere d'intenti, lettere di patronage), si dia luogo ad un maggior affidamento sulla conclusione del contratto o sulla gestione diligente e corretta delle trattative".
- <sup>88</sup> Com o mesmo argumento, excelentemente desenvolvido, o trabalho de GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-f  da Administra  o Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. S o Paulo, Malheiros, 2002.
- <sup>89</sup> Novo Código Civil, art. 927 c/c arts. 186 e 187.
- <sup>90</sup> Vide por todos COUTO E SILVA, Clóvis, *Principes Fondamentaux de la Responsabilit  Civile en Droit Brésilien et Compar *, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.
- <sup>91</sup> CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 215.
- <sup>92</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 548, grifamos.
- <sup>93</sup> CHAVES, Ant nio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 214.
- <sup>94</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 77.
- <sup>95</sup> Ac. Do TJSP, in RT 206/207, Rel. Des. FREDERICO MARQUES, citado por CHAVES, Ant nio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 214.



